

「従たる当事者」概念の理論的系譜

——補助参加人の法的地位をめぐるドイツの理論を中心として——

桜井孝一

一 本稿の目的

二 初期の学説

- (一) 輔佐人説
- (二) 初期の代理人説

三 過渡期の学説

- (一) 従当事者説
- (二) 補助者説
- (三) 初期の代理人説の修正

四 従来の学説の止揚

- (一) 補助者説の止揚
- (二) 従当事者説の止揚

五 現在のドイツの学説

六 結語

一 本稿の目的

わが国の学説の多くは、補助参加の概念ないしはその本質を説明するのに「従たる当事者」という表示を以ってす

「従たる当事者」概念の理論的系譜

る。すなわち補助参加人は被参加人たる主たる当事者に附随して訴訟を遂行するものであり、自己の名において判決を受けるものでないから、当事者でない。しかし補助参加人は自己の利益のため、自己の名において、かつ自己の負担において訴訟に関与するものであるから、代理人でもなく、輔佐人でもない。従って補助参加人は「従たる当事者」といわれるとしている。しからば「従たる当事者」(補助参加人)とは、訴訟法上どのような地位を占めるのか、あるいは、その本質は何なのかと問われなければならない。^(一)

ところで、ドイツにおいては、一八七七年の民事訴訟法制定以来、補助参加人は他人間に係属する訴訟において、その補助する当事者に対してのみならず、補助参加人自体にも効果をもつ訴訟行為をなせ行うことができるのか、そしてそのような訴訟行為を自己の名において行うことができる補助参加人の法律上の地位、ないしその本質は、民事訴訟法上に位置づけられるかをめぐって、それぞれの時代の理論を背景として論争が展開されてきた。すなわち、補助参加人を輔佐人の一形態として捉えようとする考え方(輔佐人説)、代理人の範疇において捉えようとする見解(代理人説)、当事者の概念の中に含めようとする考え方(従当事者説)、そしてこれらの民事訴訟法上の既定概念の中で捉えようとすることをこえて、補助参加人の地位の特殊性から、訴訟補助者という概念で把握しようとする見解(補助者説)が時代を追って現われた。

そこで本稿において、現在において「従たる当事者」という概念で表示されている補助参加人の地位、ないしはその本質をいかに把握すべきかの前提として、その学説の発展の系譜を、主としてその時代の当事者理論を参酌しながら、概観してみようとするのがその意図である。^(二)

- (一) 実際上の問題解決の基準として、補助参加人の地位ないし本質の明確化が必要となろう。例えば、補助参加人の上訴申立期間は、被参加人の上訴申立期間内に限られるのかどうかの問題、参加人について訴訟手続の中断事由が生じた場合、その訴訟手続が中断するかどうかの問題など。前者の最近の事例につき、小室教授・民商法雑誌四七巻二号三二〇頁以下参照。
- (二) ヘルウィックは、「従たる当事者 (Nebenpartei)」という表現は、ドイツ普通法時代にすでに使用されていた、としている (Helwig, Lehrbuch, S. 510. Anm. 76)。

二 初期の学説

初期の学説としては、輔佐人説と初期の代理人説がある。

一八七七年ドイツ民事訴訟法施行の当時は、訴訟法を従属体系におく私法的訴権学説の時代であった。^(一) この当時においては、訴訟における当事者の地位は実体法上の権利・義務の具体的あらわれに外ならないのであって、当事者の概念のもとに、実体法上の権利者・義務者のみが考えられていた (実体的当事者概念)。^(二) このような背景のもと、実体法上の権利・義務の担い手でなく、単に第三者として訴訟に関与するにすぎない補助参加人は、決して当事者の概念のもとに関係づけられることはなく、当事者と並んで訴訟を遂行する、輔佐人または代理人という概念の中で、その地位を規定されなければならなかった。

(一) 中村宗雄博士「民事訴訟の制度と理論」自然科学に範型を求めた民事訴訟理論の再構成一八一頁以下参照。

(二) 中村宗雄博士「訴訟遂行権の系譜的考察」民事訴訟法学の基礎理論一六頁

(一) 輔佐人説 (Beistandstheorie)

ドイツ普通法時代、第三者による主たる当事者の実体上の補助につき輔佐人という表現がとられていた。⁽¹⁾その影響をうけてか、民事訴訟法草案理由書に従って、補助参加人の地位を実体的に主たる当事者の輔佐人の地位と同一のものであるとした見解がこれである。⁽²⁾この輔佐人説は実体的意味における輔佐人概念と訴訟法上の意味における輔佐人とを区別してないものであり、⁽³⁾さらに輔佐人は全くその法律上の地位を当事者の意思によって引き出されるのに対し、補助参加人は当事者の意思に反しても法律上の規定に従ってその訴訟に関与できるという点で、両者に根本的差異が存する。従って、たとえ補助参加人を自己の利益において、かつ自己の権利にもとづいて行為する輔佐人として捉えようとしても、ドイツ民事訴訟法第九〇条(日民訴第八八条)を基準とするかぎり、法律上輔佐人概念自体の全面的修正を必要とする。⁽⁴⁾いずれにしても支持しえないものであるが故に、この学説は何らの修正、発展を示すことなしに過去の学説となった。

(1) Kisch, W., Der Begriff der Nebenintervention und seine Konsequenzen nach deutschem Recht, Grünhuts Zeitschrift Bd. 26. S. 332 Anm. 22.

(11) Kleiner, O., Kommentar zur CPO, Bd. I, 1878, S. 338-340. 参考 Puchelt, E. S., Die Civilprozessordnung, Bd. I, 1877, S. 259. 参照。

(111) Schultze, A. S., Die rechtliche Stellung des sogenannten Nebenintervenienten, ZZP, Bd. 2, 1880, S. 21, 88. 参照。

(四) 輔佐人説に対する批判については、Reinhardt, K., Die rechtliche Stellung des Nebenintervenienten, 1895, S. 16; Kisch, a. a. O. S. 332f; Walsmann, H., Die streitgenössische Nebenintervention, 1905, S. 69f. 参照。

(二) 初期の代理人説 (Vertretertheorie) —— シュルツェ (Schulze) の理論⁽¹⁾

以上の輔佐人説はドイツ民事訴訟法第六六条(旧ドイツ民訴第六三条)の「補助 (Unterstützung)」を実体的に解し、それをそのまま訴訟法上の輔佐人の概念にもってきた。このことを批判したシュルツェは、訴訟法上の観点から、補助参加人の地位を把握し、「訴訟当事者の代理人」であるとした(S. 88)。その理由は次の如くである。「補助参加人自体は当事者でないが故に、その者は攻専防禦の方法を主たる当事者に対する訴訟上の効果をもって主張し、主たる当事者に対するそのような効果をもって訴訟行為を行う。普通法におけるが如く、補助参加人は自己の権利による訴訟当事者の代理人であり、その権利は法律が補助参加人自身の利益にもとづいてその者に与える」(S. 88, 89)。「しかし普通法におけるが如く、今日の法においても、この訴訟代理の自己の権利に基づく代理としての特有な性質は、訴訟代理人にかんする規定、及び狭義の法定代理人にかんする規定の適用において制限をうける」(S. 89)とする。そしてこれと訴訟代理人による代理とは、「それは訴訟代理人による代理の如く当事者の意思に基づくのではなく、代理人自体の法律上の権利に基づくものであり、従って全体としてみて、その目的の範囲内にある個々の訴訟行為にかんしても当事者の意思に依存しない」ということによつて區別され(S. 48)、狭義の法定代理人とは、次のことによつて區別される。すなわちまず第一に「法律は法定代理に対し被代理人の利益の保護についてのみ規定する。この

他人の利益が法定代理人の訴訟上の活動にかんする唯一の基準である。法定代理はその内容に従って根本的に一つの義務である。これに対し法律は補助参加人による当事者の代理にかんし専ら代理人自体の利益の保護についてのみ認める。補助参加人自体の利益がその訴訟上の活動の唯一の基準であり、従ってまた同時にその限界でもある。その内容に従って補助参加人による代理はそれ自体一つの権利である」とする。そして第二の区別は、法定代理人は訴訟無能力者を代理するが故に、彼は「訴訟における唯一の、何らの制限をうけない管理人 (Disponent) である」のに対し、補助参加人は、訴訟において独立の行為をなす完全な権能を有する訴訟能力者を代理するが故に、彼は「訴訟における唯一の管理人ではない。」従って、当事者自体及び自己の権利によるその代理人は、当事者のため、同一の権利を有する訴訟遂行の管理人として相互に並んで立つ」という点にあるとする (S. 49)。^(二)

以上のように、輔佐人説より一步を進め、実体法と訴訟法との分離を意識し、訴訟法上の代理人の概念の中で、補助参加人の地位を構成しようとしたシュルツェの理論も、訴訟においては「間接代理」がみとめられないという原則^(三)からして無理があった。従って、この点に対して批判も集中し、過去の学説とならざるをえなかった。^{(四)(五)}

(1) Schultze, A. S., Die rechtliche Stellung des sogenannten des Nebenintervenienten im Rechtsstreit, ZfP, Bd. 2, 1880, S. 20ff.

(二) しかし、補助参加人は当事者と並んで当事者のために訴訟を遂行するものであるから、当事者の意思表示は常に統一的なものであり、分裂したもので、それ自体矛盾したものであってはならない。その点から補助参加人の訴訟上の権能にかんする限界の必要性が生ずるとし (S. 49, 50)、「個々の結果を導き出す (S. 89ff)」。

(三) 於保不二雄博士・財産管理権序説五五頁以下参照。なお間接代理がみとめられないことから、訴訟法にいう代理人、すなわち法定代理人及び訴訟代理人はいずれも本人の名において訴訟行為をなす直接代理人である。このことから第三者の訴訟遂行権の問題が展開される(中村宗雄博士・民事訴訟要論一三五頁参照)。

(四) その批判については、Walsmann, a. a. O. S. 60-62, Wach. A., Handbuch des Deutschen Zivilprozessrechts, Bd. I, 1885, S. 614f. 参照。

(五) その頃の通説であつた(Reinhardt, a. a. O. S. 2)。なお、シュルツェと系統を同じくするものとして、とくにReinhardt(前掲二)(註四文献)及びPetersen(後掲三)(註六文献)がある。なお、シュルツェの見解に対する批判に対する再批判の上にキッシュが代理説を展開させる。後述三(三)参照。

三 過渡期の学説

過渡期の学説としては、従当事者説、初期の補助者説、初期の代理人説を修正した見解があげられる。

以上の如く、初期の学説は、訴訟における当事者の地位をすべて実体法から説明しようとした私法的訴権学説を背景とし、補助参加人の地位を規定するについてもドイツ普通法の理論を脱却することができなかった。しかし訴訟が実体法の枠をこえて、それが独自の機能をもつことを認識するに至った公法的訴権学説の現われとともに、第三者に当事者地位を認めるという考え方が現われ、当事者の地位を実体法から切り離し、訴訟法の立場から定めようとする理論、すなわち訴訟適格(Prozessstandschaf)ないし訴訟遂行権(Prozessführungsrecht)の理論が生ずる(形式的

当事者概念)。しかしその初期においては、従来の事件適格の概念を拡張することにより、争いある権利主体でない第三者に当事者たる地位を認めるものであった。^(一)このような当事者理論の過渡期の事情を背景としてか、全く形式的な当事者概念のもと補助参加人の地位を原則的に当事者と同一視する従当事者説、補助参加人を従当事者として当事者概念に包括することはできず、また代理人として構成することにも無理を感じて現われた補助者説、及び実体的当事者の理論から完全に脱却することができず、かつ従当事者説、補助者説の不十分の故に、初期の代理人理論を再構成しようとする代理人説が現われた。実体的当事者概念から形式的当事者概念の確立に至るまでの過渡期の理論ということができる。

(一) この経緯については、中村宗雄博士「訴訟遂行権の系譜的考察」民事訴訟法学の基礎理論一一五頁以下参照、とくに二二八頁以下参照。

(二) 従当事者説 (Nebenparteiheorie) —— すべてにフランケ (Francke) の所説^(二)

従当事者説は、補助参加人を従当事者 (Nebenpartei) として説明し、補助参加人の本質を当事者概念を通じて把握しようとする。この見解を、最も鋭く主張したのはフランケであった。^(三)フランケは、「当事者とは侵害を受けまたは危険にさらされている私権の確定にかんする手続に自己の権利で関与する者である。」 (Die Nebenparteien, S. 1) とし、そして勿論当事者として現われるのは、原則として原告及び被告であるが、しかし原告及び被告がドイツ民事訴訟法における唯一の当事者でない。ドイツ民事訴訟法はこの当事者、すなわち原告及び被告を、補助参加人に対し

て主たる当事者 (Hauptpartei) と規定している——例えば現行第六八条、第六九条、第一〇一条、第二六五条——から、たとえ明示的に法規によって示されていなくても補助参加人は従当事者 (Nebenpartei) である、とする (a. a. O. S. 1)。このようにフランケは、当事者の概念を全く形式的に把握し、それを主当事者及び従当事者に通ずる上位概念として位置づけ、それから主当事者及び従当事者に等しく妥当する原則を取出す。この点にフランケの理論の核心があった。^(三)したがってフランケによれば、補助参加人は当事者である。このことから、ドイツ民法における当事者にかんする規定は大部分直接に補助参加人に適用されるという結果を導き出す。この点でフランケの理論の特徴がある。^(四)しかし補助参加人に当事者にかんする規定を全面的に適用することはできない。その結果として、フランケは、第六七条の規定の範囲内で、シュルツの代理理論を援用する。^(五)

(1) Francke, W. Ch., Die Nebenparteien, 1882; derselbe, Zur Stellung der Nebenintervenienten, ZZP Bd. 28, 1900, S. 294ff.

(二) フランケと殆んど同一の立場をとるものとして、v. Canstein がある (Die Stellung des Nebenintervenienten, ZZP Bd. 8, 1885, S. 217ff)。なお結果として異なるが、通常の当事者概念とならんで、補助参加人をも含める拡張した当事者概念を設定するものとして、Bunsen, F., Die Parteien im Civilprozess, ZZP Bd. 26, 1899, S. 211 がある。

(三) Walsmann, a. a. O. S. 56.

(四) 例えば、補助参加人は証人として尋問されない (Francke, Die Nebenparteien, S. 109)。

(五) Franke, Die Nebenparteien, S. 122. ところで次の如くいう。補助参加人は、当事者と「同一の権能を有する共同訴訟人」「従たる当事者」概念の理論的系譜

ではなく、単に依存せる補助者であることができるのみである。したがって相手方に対して自己の関係を、すなわち自己の権能を主張することはできず、主当事者の権能のみ主張することができる。ただしその限りにおいてその者は主当事者の代理人である。」

以上のように、従当事者説は、補助参加人の当事者性を強く押し出した点では、意味があるが、民事訴訟法上の当事者の語を二重の意味において把握しなければならないこと、そしてそのことから直ちに当事者にかんするすべての規定を補助参加人に適用できず、従当事者に対してその規定のいずれが適用されるのかの基準が問題としてあげられるし、補助参加人に従当事者という名称を与えたとしても、それだけで従当事者の行為がなぜ主当事者に対して効果をもつのか、及び補助参加人にはどのような権能が認められるのかということの説明しえない。そのためには従当事者の概念そのものの解明が必要であり、あらためて補助参加にかんする規定から再構成されなければならない。^(七)

(六) Petersen, J., Die Stellung des Nebenintervenient in der von ihm veranlassenen Rechtsmittelinstanz, ZZP Bd. 24, 1898, S. 322; Kisch, a. a. O. S. 327; Reinhardt, a. a. O. S. 2 は、当事者概念を拡張することに鋭く反対する。

(七) Walsmann, a. a. O. S. 56-58 参照。そしてワルスマンは、従当事者の概念自体が解明を必要とするし、従当事者と補助参加人を同一視することは、結局補助参加人の地位の解明につき何も与えられていない、とする。

(二) 補助者説——ワッハ (Wach) の理論^(一)

ワッハは、訴訟物は補助参加人の権利ではないが故に、補助参加人は当事者でないとし、従当事者という言葉は代理

理論の否定としては正当であるが、事実上存しない当事者地位を想定させるから問題を不明確にする、という。さらに、補助参加人は当事者の代りに行為するものでなく、自己の名において、自己の利益において、自己の計算に基いて当事者と並んで行為する。たとえ参加人が当事者に法効果をその利益のため生ぜしめようとも、その故に代理人でない。参加によって、参加人を代理人としてではなく、主体とし、かつ参加人に独自の効果を与える特別の訴訟上の法律関係が生ずる。その判決は補助参加人に対して効力をもつ。このことは代理人の地位と一致しない、として、補助参加人は当事者の代理人でない、とする。以上のように、従当事者説及び代理人説を否定したのち、次の如きいう。

「補助参加人は、訴訟 (Socius) の関与者 (Theilnehmer) であり、自己の権利につき、自己の名において、かつ自己の計算にもとづく当事者の補助者 (Gehilfe) である」(S. 615) とする。そして補助者とは「事実上の、機械的な関与者の意味においてではなく、またその者の協働が構成要件事実につき本質的なものである『必要的関与者』の意味においてもなく、『附随的関与者』の意味における『補助者』である、とする」(S. 615, Anm. 10)。⁽¹⁾

(1) Wach, A., Handbuch des Deutschen Zivilprozessrechts, Bd. I, 1885, S. 613ff.

(二) ここで、キッシェ及びワルスマンの徹底的な批判をうける。キッシェは、「訴訟関与者」という言葉は、不明確であり、積極的内容をもつものでないから、何の意味ももたない。さらに自己の利益は、参加の理由及び要件を示すが、参加後の参加人の地位を説明するものでない、とする (Kisch, a. a. O. S. 320, Anm. 7. その他ワッハに対する反論については S. 320-325 参照)。ワルスマンもこれと同じような反論を加え、ワッハの理論は、法律が参加人の行為は直接当事者に対して効果をもち、補助参加人は補助者であると規定しているから、補助者の行為は直接被参加人に対して作用しなければならぬと

いうこと以上の意味をもたないし、實際上の問題についても、ワッハの理論を必要としないで大部分法規に基き、及び法規の類推によって解決される、とする (Wasmann, a. a. O. S. 72)。さらにワルスマンは、ワッハの理論は実際の結果につき矛盾を呈するとして、「訴訟遂行権」の理論から、ワッハの理論を検討する。すなわちワッハの見解は、その自己の権利による補助者という一般的構成から、そしてその個々の結果から、参加人は自己の訴訟遂行権を行使するものと推定できる。しかしワッハの他の点からは、参加人は自己の訴訟遂行権をもつものでなく、当事者の訴訟遂行権を行使するという結果を引き出すことができる、とする (Wasmann, a. a. O. S. 73, 74—傍点筆者)。

以上のように、ワッハは、従当事者説を批判し、代理説を徹底的に否定し、その中間的立場として、補助者の概念をもち来たったものであるが、キッシェ、ワルスマンも指摘した如く、補助者の概念自体が明確にされず、単なる補助参加人の名称たるにすぎなかった。従ってその実際の結果においても、矛盾を生じたことは、補助者概念自体の不明確の故に、やむをえざるところであらう。そこで再び代理人説が現れることとなる。

(三) 初期の代理人説の修正——キッシェ (Kisch) の理論⁽¹¹⁾

キッシェは、シュルツの代理説に対する批判に答えることを通じて、その代理説を詳細に根拠づけた。⁽¹²⁾

まずキッシェは、代理説を次の方法で根拠づけようとする。すなわち

「当事者が本来の訴訟主体であり、当事者の法律関係が争い (E. lite) にあり、従って当事者が必要な訴訟資料を提出する任務をもつ。その故に参加人の活動はその法律効果において主当事者の活動としてのみ考察することができ

る。——従って参加人によって表示された意思は勿論その者の自己の意思である（——単なる意思表示の仲介に對して——）が、しかしそれは行為者の意図に従って主当事者の意思のみを一定の方向において補充し、主当事者の訴訟活動の間隙を埋めるものである。第三にまたそれは法律の積極的規定によってこの特質を与えられた。ところでそれで以て代理概念の三つの要素が与えられる（S. 317）。そして、補助参加人が主当事者と並んで行為すること、補助参加人がその代理権能を当事者の意思からもつものでなく、「自己の權利によつて」行使すること、さらに補助参加人にとって結局は自己の利益が問題であるということは、何ら代理概念を排除するものでない、とする（S. 317）。さらに第六七条に規定する制限は、直接その本質から生ずるものであるとする（S. 320）。

要するにキッシュの結論はこうである。

「上位の、總括的概念は参加人の訴訟の結果につき有する、自己の利益である。この理由からその参加権能の独立性がある。しかしこの利益の満足は訴訟主体に對する効果をもつて行為する能力、したがって代理人の地位を予定する。そして勿論当事者を勝訴に導くに適すると考えられる行為、したがってその制限を予定する」（S. 320）。

(1) Kisch, W., Der Begriff der Nebenintervention und seine Konsequenzen nach deutschem Recht, Grunhuts Zeitschrift Bd. 26, 1899, S. 315ff.

(2) キッシュの各説に對する批判については、a. a. O. S. 320-333. 参照。なお各批判及び自説の根拠づけの根底となったものは、参加し、そして一般的に訴訟行為を行う権能——参加権能または代理資格 (Vertretungsfähigkeit) ——の独立性と、個々の訴訟行為を行う権能の独立性との區別である（例えば、a. a. O. S. 318f. 323f. 325. 参照）。

「従たる当事者」概念の理論的系譜

以上、キッシュの理論は、代理人理論を補助参加人の参加権能と、参加後の補助参加人と主当事者間の法律関係とを区別して、後者の点からそれを決定づけた点で、初期の代理人説よりの、大幅な前進があった。その点で補助参加人の当事者たる性格と代理人たる性格の、二面性を意識する。しかしそれは、参加人と主当事者の関係を表わしたが、その反面、参加人の行為はどうして参加人自体に効力をもつのか、すなわち第六八条が規定するが如くその効果がなぜ参加人にも生ずるかということの説明してない。^(三)このように、キッシュの理論も、代理理論で枠づけようとする点で、初期の代理人説と同じような欠陥が内包されていた。「訴訟遂行権」の理論が確立されるまでの、過渡期の事情を背景としているものである。^(四)

(三) これに対する批判として、Walsmann, a. a. O. S. 62-66. 参照。

(四) ドイツ普通法のもとでは、「訴訟適格」はすべて実体法学において「代理」の範疇の中に入れられていた。しかしその中には独自の地位をもち、本人の利益を必ずしも代表しない者、例えば破産管財人があり、訴訟におけるこの者の行動は、代理人と同一視できない。そこで公法的訴権学説のもと、コーラーの第三者の「訴訟資格」の理論（一八八六年）、ヘルウィツクの「訴訟遂行権」の理論（一九〇三年）が現われることになる（中村博士・前掲民事訴訟法学の基礎理論一四三頁参照）。その当時の事情を背景として、同じ問題が補助参加人の地位についても現れることになる。キッシュの理論、ワッハの理論、フランケの理論すべて、この事情を背景としたそれぞれの一つの現れであろう。

四 従来の学説の止揚

従来の学説を止揚したものととして、補助者説についてワルスマンの見解、從当事者説についてはヘルウィックの見解がある。

補助参加人は他人の訴訟において自己の名において訴訟行為を行う。この点で他人の事件について自ら当事者となる場合と同一の問題が生ずる。^(一)この場合、両者とも本人の利益を代行するものであり、その点で代理と類似する。ドイツ普通法のもとでは、第三者の訴訟適格と代理とは同一概念のもとに論じられていた。^(二)このような背景のもと、補助

参加人の地位についても過渡期の学説は、これを当事者概念のもとに把握し、あるいは代理概念のもとにそれを把握せざるをえなかった。しかし現在の法律制度のもと、代理概念と当事者概念の間には、明瞭な一線が画されている。

従ってそれらの概念で把握されない特殊の形態をもつ補助参加人を、そのいずれかの概念の中に包括せしめようとすることは、いずれもその中に理論的欠陥を内包せざるをえなかった。その結果、補助参加人の特殊的な地位の認識のもと補助者概念が現われるものとなるが、しかしそれも初期の学説として何らその内容が明確なものたらしめえなかった。一方その頃、第三者の当事者地位、すなわち訴訟遂行権の理論も、コーラーの訴訟資格の理論に端を発して、ようやくヘルウィックによって確立されるに至った。^(四)そのような事情のもと、訴訟遂行権の理論から、一方では「補助者」という概念に内容をもたせようとする見解、すなわちワルスマンの所説が、他方では從当事者説をそれによって理論づけようとする見解、すなわちヘルウィックの所説が現われることになる。

(一) 破産管財人、遺言執行者などの法的地位について争いの生じたところである。中村宗雄博士・前掲・民事訴訟法学の基礎

「從たる当事者」概念の理論的系譜

理論一三四頁、加藤正治博士・破産法研究二卷一四五頁以下、於保不二雄博士・財産管理権序説六五頁以下参照。

(二) 中村宗雄博士・前掲・民事訴訟法学の基礎理論一二二頁以下参照。

(三) コーラーはすでに補助参加を不完全な種類の訴訟資格と表示していた (Kohler, J, ZJP Bd. 12, 1888, S. 108.)。

(四) コーラーの訴訟資格、及びヘルウィックの訴訟遂行権の理論については、中村博士・前掲・民事訴訟法学の基礎理論一二九頁以下参照。

(一) 補助者説の止揚——ワルスマン (Walsmann) の見解^(二)

ワルスマンの見解は、訴訟遂行権の理論を確立した、ヘルウィックの民事訴訟法教科書第一卷 (一九〇三年) にその基礎を負っていることは確かである。ワルスマンは、「補助参加人は自己の訴訟遂行権を行使するのか、あるいは他人の訴訟遂行権を行使するのか」という問題を設定して、ワッハの理論を検討し、その理論のなかには矛盾があると批判した後、補助参加について生ずるすべての問題の解決には、他人の訴訟遂行権 (fremdes Prozessführungsrecht) の処分ということが基準となるとする (S. 74)。ワルスマンは、結論として、次の如く定義する。

「通常の参加人は、当事者に属する訴訟遂行権を当事者の同意で以って、自己の名において当事者を補助するため行使する権能をもつ、自己の権利にもとづく当事者の補助者 (Gehilfe) である。」そして「補助参加人は、当事者の訴訟遂行権をのみ行使するが故に、当事者以上の権利をもつことができない」^(三) (S. 82) として、その実際の結果を導き出す。^(四)

そこでその理由づけを詳細に次のように行う。

法は、その者の法律上の利益を確保するため、他の権利主体の行為に対して権利保護を必要とする者に権利保護請求権を与える。この権利保護請求権の実行のため、その要求者に与えられた訴訟上の権利が訴訟遂行権^(五) (Prozessführungsrecht) である。訴訟遂行権は訴訟根拠権 (Prozessbegrundungsrecht) と狭義の訴訟遂行権に分けられる。訴訟根拠権は訴権の行使を意味する (S. 75)。狭義の訴訟遂行権はそれ自体権利保護請求権の実行を可能にする目的をもつが、しかしこの権利は権利保護請求権の担い手に結びつくのではなく、当事者に結びつくものである。従って、当事者とは自己の名において訴権を主張し、主張されるものである。訴権がそれを主張する者に属するか否かは問題でない。他人の訴権を自己の名において主張する者もまた当事者である。訴権を主張し、主張されることによって当事者となる者は、それで以って自己の訴訟遂行権を獲得する (S. 76)。

ここでワルスマンは、第三者は当事者に属する訴訟遂行権を、当事者の代理人として行為することなく、自己の名において行使すること、すなわち他人の訴訟遂行権について処分することが論理上考えられ、そして法律上許されるかの問題を提出し、BGB § 407 II, BGB § 1380, ZPO § 265. を引き合いに出して検討した後、次の如く答える。他人の権利保護請求権にかんする訴訟上の処分は、法律がその許容を明示的に宣言し、かつその効果を定めている場合は原則として許される。そしてこのことは訴訟遂行権にもあてはまる。従って、第三者による自己の名における訴訟遂行権の行使は法律上可能であり、法律がそれを許す限りにおいて、認められ、効果を生ずる (S. 79)。そこで限定された範囲において他人の訴訟遂行権の行使を権利者に対する効果をもって一定の個別的な場合につき許容する規定として、ZPO § 67 (日民訴第六九条) をあげる。§ 67 は補助参加人が当事者の訴訟遂行権を自己の名において行使できることを意味する。しかしこの規定は、この当事者の訴訟遂行権の処分は、当事者がいかなる異議も述べない場合にのみ、効力をもつことを定めている。この規定は、補助された当事者の訴訟遂行権をその者に対する効果をもって処分する権利が補助参加人に法律によって直接与えられ、その効果が異議によって取消されると解釈

されるのか、またはその効果が当事者の同意に依存していると解されるかである。それは第二の解釈がすぐれている。なぜならば、補助参加人は当事者を補助するためにのみその権利を有するから、原則として彼は当事者が使用し、そしてその勝訴を助けるに適する行為をのみ行うことができる。ここでは、通常、参加人の協力は当事者がその権利の認識を妨げられ、または一定の行為の有効性を知らなかった場合、問題となる。従って当事者は参加人の個々の訴訟行為に同意していることが推定されるからである。法律もこのことを規定している (S. 80)。

従って、§ 66 の意義は、法律が第三者を他人間に係属する訴訟に補助参加人として許すことによって、その者に当事者の同意のもと当事者の訴訟遂行権を自己の名において行使する権能をみとめる、という点にある (S. 81)。

(一) Walsmann, H., Die streitgenössische Nebenintervention, 1905, S. 54ff. 以下 S. 74-84.

(二) 前述三(一)註(一) 参照。

(三) ワルスマンは、共同訴訟的補助参加人を「当事者を補助するため、その訴訟において法律によってその者に与えられた訴訟遂行権を行使する権能を有する、自己の権利に基く当事者の補助者」と定義する (a. a. O. S. 126)。

(四) Walsmann, a. a. O. S. 82f. 参照。

(五) これが、ヘルウィックの「訴訟遂行権」に該当する、としている。

以上のように、ワルスマンは、訴訟遂行権の理論のもと、補助者概念にその内容を盛った点では、一時代を画するものといえるが、補助参加人が、当事者の訴訟遂行権を行使するという点で問題があり、及びその訴訟遂行権の行使が当事者の同意に依存するという点で、批判を免かれることはできないであろう。

(六) Goetzler, R., Beiträge zur Lehre von der Nebenintervention nach geltenden und zukünftigen Rechte, 1937. S. 54.

(七) Hellwig, Lehrbuch des Deutschen Zivilprozessrechts, Bd. 2, S. 501. Anm. 16. 及び S. 510. Anm. 75. 参照。

(一) 從当事者説の止揚——ヘルウィック (Hellwig) の見解^(一)

ヘルウィックは、ワルスマンと異なつて、從当事者説をとり、それに訴訟遂行権の理論から内容を与える。^(二) すなわち、その民事訴訟法教科書第二卷(一九〇七年)において、「補助参加人は当事者である。けだし訴訟上の法律關係の主体である。しかし從当事者であるにすぎない。けだし通常の意味における当事者ではなく、付随的な(akzessorische)意味における当事者である」(S. 510)とし、從当事者説を支持する。^(三) そして、そこで補助者(Gehilfe)の概念は全く不明確であるとして、補助者説を批判し、また代理人説に対しても徹底的な批判を加える。^(四) その後、その民事訴訟法体系第一卷(一九一二年)においても、同一の見解を維持するものと考えられる。すなわち補助参加人の訴訟遂行と代理人の訴訟遂行とは類似性が存する。しかしその類似性はたんに外部的なものにすぎず、代理人とは基本的に實際上の差異がある、として次のように述べる。「勿論、補助参加人は他人の事件において主当事者(Geschäftsherrn)に対する効果をもつて行為するが、しかし補助参加人は自己の名において行為する。参加によってその者につき特有の法律關係が生ずる。その訴訟關係は主当事者に存する訴訟關係に依存するが、しかし独立の展開をなしうるものである。補助参加人は自己の名における自己の計算による他人の訴訟への関与者である。從当事者とは主当事者との対比によって与えられた簡単な表示である。補助参加人はそのようなものとして、主当事者の訴訟において他人の法律関

係について訴訟遂行権をもつ。ただし訴訟適格 (Prozessstandschaft) が存する。しかし単なる付随的な訴訟資格である^(五)」(S. 226)

(一) Hellwig, K., Lehrbuch des Deutschen Zivilprozessrechts, Bd. 2, 1907, S. 497-510; derselbe, System des Deutschen Zivilprozessrechts, Teil. 1, 1912, S. 225-228.

(二) ヘルウィックは次のようにいう。「説明のため、訴訟資格 (Prozessstandschaft) の概念が役立つ。それは、通常の、完全な形態においては、第三者が自己の名において、当事者として他人の法律関係について訴訟を遂行する権能をもつことを意味する。補助参加人は主当事者 (Geschäftsherrn) の訴訟において訴訟遂行を行う権能を有する。この補助参加人の訴訟遂行権は判決されるべき法律関係についてその者に属する管理権の結果ではなくて、ZPO によって与えられた、純粹に訴訟上の権能である。」と述べている (Lehrbuch, Bd. 2, S. 510)。

(三) しかし فرانケ の従当事者概念は不明確であり、かえって代理觀念に戻るものである^(六) としている (Lehrbuch, Bd. 2, S. 510, Anm. 76)。

(四) Lehrbuch, Bd. 2, S. 508, 509. 参照。

(五) Lehrbuch, Bd. 2, S. 497, 509. 参照。

以上のように、ヘルウィックは、補助参加人の当事者の性格を強調し、従当事者説を押し進めて、補助参加人が付随的訴訟資格をもつとした点で、その意義は認められなければならない。しかしその反面、補助参加人の地位を当事者たる範疇の枠内で専ら処理しようとした点で、^(六) 後において、その理論が充分にうけつがれなかった理由があると考

えられる。

(六) なおヘルウィックは、從当事者という言葉は決定的に補助参加人の代理人的性質 (Vertreteneigenschaft) を排除する、と
している。

五 現在のドイツの学説

ヘルウィック以後、ゲェツラー (Goetzler) によつて、その全体主義的訴訟觀から新たな見解が唱えられただけで、^(二) それ以外に新たなものは現われていない。現在の学説は、補助者あるいは從当事者として補助参加人の地位を示すのみで、それに何ら積極的内容を与えることなく個別的な解決に任せているようである。現在の学説の例として、スタイン・ヨナス・シェンケ・ボーレ及びローゼンベルクの敘述をみてみる。

(一) スタイン・ヨナス・シェンケ・ボーレ^(一)は、補助参加人を訴訟補助者 (Streitgenhilfe) と表示する。そして訴訟補助者は、その者自身の利益においていかなる権利保護をも要求できないから、参加によつて当事者すなわち訴訟の主体となるものでない。従つてそれを從当事者と表示することは不分明である。補助参加人は第二者であつて、第三者以上のものではない。同様にその者は自己の名において行為するから、当事者の法定代理人でもない。その者は訴訟の結果における自己の利益を守るために当事者を補助する権利のみをもつ。訴訟におけるその者の活動は勿論当事者の同意に結びつけられないが、当事者の異議によつて妨げられる限りで、当事者の態度に依存する。従つて勿論その者は訴訟行為につき自己の権利をもつが、しかし派生的な権利をもつのみである。以上の如く述べ、補助参加人を自己

の権利に基く当事者の補助者と表示するのが最上のものであるとしている。

要するに、以上の敘述から、補助者説であることは明らかであるが、それ以上の説明は見当らない。

(二) ローゼンベルクは、^(三)一方では訴訟補助者と称し、一方では従当事者としての表示を正当とする。しかし補助参加全体についての敘述からみれば、補助者説をとるものといえよう。すなわち、補助参加人は主当事者と並んでまたはその代りに行為するが、常に自己の名において行うから、主当事者の代理人でない。補助参加人は自分のため権利保護を要求するものでなく、主当事者の権利保護目的を達成するため、主当事者を助け、主当事者の訴訟を遂行する。

従って彼は訴訟助力者 (Streithelfer) または訴訟補助者 (Streitgehilfe) と称される。しかし訴訟遂行における補助参加人の一定の独立性 (ドイツ民訴第六七条、日民訴第六九条) は、従当事者 (Nebenpartei) としての表示を正当とする。とりわけ補助参加人は当事者能力をもたなければならないし、ZPO は、彼が関与する当事者を主当事者とし表示しているからである、とする。それ以上の説明がないこと、シュタイン・ヨナス・シェンケ・ポレーと同じである。

以上のように、現在のドイツの著書は殆んど、補助者 (Gehilfe) の語を使用するが、その内容にふれているものを^(四)見出せない。

- (1) Goetzeler, R., Beiträge zur Lehre von der Nebenintervention nach geltenden und zukünftigen Rechte, 1937, S. 45ff. とくに S. 55 参照。そこで彼は、ワルスマンの見解を高く評価し、自己の見解として次のように述べる。補助参加は現行ドイツ民事訴訟法のいかなる訴訟形態とも完全に一致しないものであり、それは特殊の法律制度である。これは訴訟中、補助参加人にできるだけ大きく当事者と同一の地位を与えることによってその特質を保持し、そして当事者の同意で以

って行使する他人の訴訟遂行権としてではなく、その者の訴訟の結果につき有する利益に基礎をおく独立の訴訟上の権利としてその者に属する訴訟遂行権によって、その本質的内容をもつ、としている。なお、中田教授の本書の紹介がある。ゴエッラー著「補助参加論」法学論叢三八巻四号一三五頁参照。

(一) Stein-Jonas-Schönke-Pohle, Kommentar zur Zivilprozessordnung, 18. Aufl, Bd. I, 1953, S. 65 I, S. 67 I.

(二) Rosenberg, L., Lehrbuch des deutschen Zivilprozessrechts, 7. Aufl, 1956, S. 193.

(四) 例えば、Lent, F., Zivilprozessrecht, 5. Aufl, 1953, S. 214; Schönke-Schröder-Niese, Zivilprozessrecht, 8. Aufl, 1956, S. 134; de Boor, Zivilprozessrecht, 1961, S. 170.

六 結 語

以上の如く、ドイツ普通法にその理論的基礎のすべてを置いていた輔佐人説は、実体法・訴訟法の分離を意識し始めた代理人説に直ちに席をゆづらざるを得なかった。代理人説は論争の初期以来、過渡期において再構成され、有力に保持されてきたものであるが、訴訟遂行権の理論の登場のもと過去の学説とならざるをえなかった。このような事情のもと、現在における学説の対立としては、従当事者説と補助者説といふことができる。ところでこの対立はまさに補助参加人の地位の特殊性、すなわちそれに存する当事者たる性格と補助者たる性格の二面性に帰し、そのいずれを強調するかの問題である。換言すれば、「従たる当事者」の本質は、その「従たる」面にあるのか、またはその「当事者」たる面に存するのか、である。その「当事者」たる面に重点をおけば、ヘルウィックの理論が、その「従

たる」面に力点をおけば、ワルスマンの理論が新たな理論構成の出発点となると考えられる。いずれの面に「従たる当事者」の本質があるのか、それによって、その概念にどのような内容がもたせられるかは、補助参加制度における他の問題との関係のみならず、訴訟参加制度全般との関係で決定されなければならない。それらを充分に考究した上で、あらためて検討するつもりである。